

JOINT DECLARATION  
OF JUDGES GAJA AND CRAWFORD

*Jurisdiction — Article 36 (2) of Statute — Paragraph 6 of the MOU not affecting the Court’s jurisdiction — Kenya’s reservation requires method of settlement that will resolve dispute — Negotiation in good faith may not result in settlement — Paragraph 6 not caught by Kenya’s reservation as neither pactum de contrahendo nor providing for an exclusive method.*

*Admissibility — Paragraph 6 of the MOU means that CLCS recommendations must be made before Parties may resort to negotiations — But Parties set aside this time-limit by entering into negotiations without reservation prior to receiving CLCS recommendations — Application thus admissible.*

1. We share the views expressed by the majority that the Memorandum of Understanding (MOU) does not provide a “method of settlement” for disputes on maritime boundaries that would trigger Kenya’s reservation to its declaration under the optional clause; and further that paragraph 6 of the MOU does not render Somalia’s Application inadmissible. However, we differ as to the reasons leading to these conclusions.

2. On the issue of jurisdiction, the question in relation to Kenya’s first preliminary objection is whether paragraph 6 of the MOU constitutes an agreement “to have recourse to some other method or methods of settlement” within the meaning of its optional clause declaration. Paragraph 6 provides that the maritime delimitation “shall be agreed between the two coastal States . . . after the Commission has . . . made its recommendations . . . concerning the establishment of the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles”.

3. Paragraph 6 of the MOU could affect the Court’s jurisdiction only if it was caught by Kenya’s optional clause reservation. In our opinion, paragraph 6 would be so caught only if it had provided for a method that would resolve the dispute over the maritime boundary. It could have done this by requiring the Parties to agree on delimitation (i.e., if it was a *pactum de contrahendo*) or by providing that negotiation was the *only* method of settlement. It is common ground between the Parties that paragraph 6 does not require them to reach an agreement (see Kenya: CR 2016/12, p. 35, para. 18; and *ibid.*, pp. 25-26, para. 27; Somalia: CR 2016/13, p. 16, para. 11). The question is whether it involved a commitment by each Party not to resolve their dispute in any other way. If

DÉCLARATION COMMUNE  
DE MM. LES JUGES GAJA ET CRAWFORD

[Traduction]

*Compétence — Article 36, paragraphe 2, du Statut — Absence d'incidence sur la compétence de la Cour du sixième paragraphe du mémorandum — Mode de règlement visé par la réserve devant permettre de résoudre effectivement le différend — Négociation de bonne foi pouvant ne pas aboutir à un règlement — Sixième paragraphe n'entrant pas dans le champ de la réserve du Kenya, à défaut de constituer un pactum de contrahendo ou de prescrire un mode de règlement exclusif.*

*Recevabilité — Nécessité, d'après les termes du sixième paragraphe du mémorandum, que la Commission formule ses recommandations avant que les Parties ne puissent recourir à la négociation — Parties s'étant toutefois affranchies de cette exigence temporelle en entamant des négociations, sans réserve, avant d'avoir reçu les recommandations de la Commission — Recevabilité conséquente de la requête.*

1. Nous pensons, comme la majorité, que le mémorandum d'accord ne prescrit pas un « mode de règlement » des différends relatifs à la délimitation maritime qui aurait pour effet de faire jouer la réserve du Kenya à sa déclaration formulée en vertu de la clause facultative, et que le sixième paragraphe du mémorandum n'a pas davantage pour effet de rendre la requête de la Somalie irrecevable. Nos raisons de parvenir à ces conclusions ne sont toutefois pas les mêmes.

2. En ce qui concerne la compétence, l'enjeu, au regard de la première exception préliminaire du Kenya, est de savoir si les Parties sont convenues, dans le sixième paragraphe du mémorandum, « d'avoir recours à un autre mode ou à d'autres modes de règlement », au sens de la déclaration du Kenya formulée en vertu de la clause facultative. Rappelons que, aux termes de ce paragraphe, la délimitation maritime « fera l'objet d'un accord entre les deux Etats côtiers ... après que la Commission aura ... formulé ses recommandations ... concernant l'établissement des limites extérieures du plateau continental au-delà de 200 milles marins ».

3. Le sixième paragraphe du mémorandum ne pourrait avoir d'incidence sur la compétence de la Cour que s'il entrait dans le champ de la réserve du Kenya à sa déclaration formulée en vertu de la clause facultative. Or, il nous semble qu'il n'aurait pu en être ainsi que s'il avait prescrit un moyen de régler le différend relatif à la frontière maritime — si, par exemple, il avait imposé aux Parties de parvenir à un accord sur la délimitation (si, en d'autres termes, il avait constitué un *pactum de contrahendo*), ou défini la négociation comme *seul et unique* mode de règlement. Les Parties s'accordent à penser que le sixième paragraphe ne leur impose pas de parvenir à un accord (voir, pour le Kenya : CR 2016/12, p. 35, par. 18, mais aussi *ibid.*, p. 25-26, par. 27 ; et, pour la Somalie : CR 2016/13, p. 16,

not, the agreement should be read as simply addressing the time for negotiations and it would not establish a method of settlement for the purposes of the reservation.

4. Of course, negotiations can lead to agreement and thereby settle a dispute (cf. Article 33 of the United Nations Charter). But even when there is an obligation to negotiate, negotiations do not constitute, as such, a method of dispute settlement because they may or may not lead to a settlement, depending wholly or partly on the position of one of the States concerned. If States agree to negotiate but leave all their options open as to the outcome of those negotiations, they have not necessarily agreed to a method of *settlement*: it is equally possible that the dispute will not be settled. In the context of a declaration concerned with the compulsory jurisdiction of the Court and with alternatives to it, a reservation as to another method of settlement should be construed as referring to a method that will actually settle the dispute when it is resorted to, not to one that is equally consistent with the dispute remaining unsettled in perpetuity.

5. This conclusion is not affected by the requirement imposed by international law that the negotiations be conducted in good faith. Two parties, each acting in good faith, or not demonstrably in bad faith, can fail to reach agreement. An obligation to negotiate in good faith does not ensure the settlement of the dispute being negotiated.

6. For these reasons we think it is clear that, though they agreed that negotiations would be held, the Parties did not exclude resort to other methods of settlement if those negotiations failed.

7. The Judgment on several occasions states that paragraph 6 did not prevent the Parties from negotiating and even reaching an agreement on their maritime boundary dispute. But that is not the point — the question is whether each Party was free, having regard to paragraph 6, to take unilateral action to trigger dispute settlement before the CLCS had made its recommendations. The answer to that question must be no.

8. That brings us to the issue of admissibility. In our view paragraph 6 of the MOU precludes the admissibility of an application to the Court made before the Parties have received the recommendations of the CLCS on the delineation of their outer continental shelf and have sought to reach an agreement on delimitation. The plain language of the paragraph points to the existence of an obligation to agree on the maritime boundaries “after the Commission has concluded its examination of the separate submissions made by each of the two coastal States and made its recommendations to two coastal States concerning the establishment of the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles”. In par-

par. 11). La question est donc de savoir s'il emportait de part et d'autre engagement à ne résoudre le différend d'aucune autre façon. Dans la négative, l'accord devrait être interprété comme touchant simplement au cadre temporel dans lequel s'inscriraient des négociations; il ne prescrirait pas de mode de règlement au sens de la réserve.

4. Les négociations peuvent bien sûr mener à un accord et, ce faisant, avoir pour effet de régler un différend (cf. article 33 de la Charte des Nations Unies). Mais, même lorsqu'il existe une obligation de négocier, les négociations ne constituent pas, en tant que telles, un mode de règlement car leur issue est incertaine, en tant qu'elle est fonction, totalement ou en partie, de la position de l'un des Etats en présence. Des Etats qui conviennent de négocier, tout en n'excluant aucune éventualité quant à l'issue de leurs négociations, ne sont pas nécessairement convenus d'un mode de *règlement*: leur différend pourra aussi bien ne pas être réglé. Si, dans le contexte d'une déclaration intéressant la juridiction obligatoire de la Cour, et les autres voies de recours possibles, une réserve renvoie à un autre mode de règlement, celui-ci doit s'entendre d'un moyen qui permettra, s'il y est recouru, de régler effectivement le différend et non d'un moyen pouvant tout aussi bien avoir pour effet que celui-ci demeure à jamais irrésolu.

5. Cette conclusion est indépendante de l'obligation de mener les négociations de bonne foi imposée par le droit international. Deux parties peuvent, alors même qu'elles agissent l'une et l'autre de bonne foi, ou qu'il ne peut à tout le moins être établi qu'elles agissent de mauvaise foi, échouer à parvenir à un accord. L'obligation de négocier de bonne foi ne garantit pas le règlement du différend soumis à négociation.

6. Dès lors, il nous paraît clair que les Parties, bien que d'accord pour que des négociations se tiennent, n'excluaient pas de recourir à d'autres modes de règlement dans l'hypothèse où ces négociations échoueraient.

7. La Cour, dans son arrêt, indique à plusieurs reprises que le sixième paragraphe n'interdisait pas aux Parties de mener des négociations, voire de parvenir à un accord sur le différend les opposant au sujet de leur frontière maritime. Mais là n'est pas la question — la question est de savoir si chacune des Parties était libre, au regard du sixième paragraphe, d'agir unilatéralement en vue d'amorcer le règlement du différend avant que la Commission des limites du plateau continental ait formulé ses recommandations. Or, la réponse ne peut être que non.

8. Voilà qui nous mène à la question de la recevabilité. Selon nous, le sixième paragraphe du mémorandum exclut la recevabilité d'une requête soumise à la Cour avant que les Parties aient reçu les recommandations de la Commission des limites du plateau continental sur la fixation de la limite extérieure de leur plateau continental et aient entrepris de conclure un accord en matière de délimitation. Il prévoit, d'après ses termes clairs, que les Parties devront conclure un accord sur la délimitation des frontières maritimes «après que la Commission aura achevé l'examen des communications séparées effectuées par chacun des deux Etats côtiers et formulé ses recommandations aux deux Etats côtiers concernant l'établis-

ticular, the use of the word “shall” connotes an obligation to respect that time-limit. Paragraph 6 of the MOU thus imposes a precondition which makes an application to the Court inadmissible until after the CLCS has made its recommendations. The Parties effectively agreed that the dispute would not be ripe for resolution of any kind until after this date.

9. Paragraph 6 of the MOU appears to have a clear justification with regard to the delimitation of the outer continental shelf, in view of the possibility that delineation by the CLCS will affect delimitation. Its rationale is less clear with regard to other areas that are also covered by the same paragraph, which refers to “maritime boundaries in the areas under dispute, *including* the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles” (emphasis added). For those other areas it is difficult to identify an interest of one of the Parties in delaying an agreement, let alone a common interest of both Parties in doing so. But the paragraph may have been included in order to allay any fear that the submissions to the CLCS could have some consequences on the delimitation of maritime boundaries generally.

10. Be that as it may, the Parties were certainly free to proceed to an earlier conclusion of an agreement for delimiting some, or all, of their maritime boundaries. This is what the Parties sought to achieve in 2014, when they started negotiations covering all their maritime boundaries on the basis of an invitation by Kenya which was accepted by Somalia. By this conduct the Parties derogated from the time-limit indicated in the MOU. They did so at a time when the recommendations of the CLCS were unlikely to be made before a date in the distant future.

11. Kenya argued that negotiations between States do not necessarily lead to an immediate agreement (CR 2016/10, pp. 22-23) and that therefore no modification of the MOU was involved. However, it seems implicit in the conduct of the Parties as jointly reported (Annexes 31 and 32 to Somalia’s Memorial) that they were not intending to wait for up to twenty years before reaching the agreement they were negotiating. There is no indication that the negotiations were intended to be only for a provisional arrangement pending the agreed time-limit (see Somalia’s argument at CR 2016/11, p. 16, making a point that was not contested by Kenya). Nor did either of the Parties make any reservation to the effect that the outcome of the negotiations should be consistent with the time-limit stated in the MOU.

12. This leads to the conclusion that while the Parties, by setting a time-limit in the MOU, had implicitly set a condition for the admissibility of an application to the Court, they set aside that time-limit by agreeing

sement des limites extérieures du plateau continental au-delà de 200 milles marins». L'emploi de l'auxiliaire «shall», en particulier, connote une obligation de respecter cette chronologie. Le sixième paragraphe du mémorandum impose donc une condition préalable ayant pour effet de rendre irrecevable toute requête qui serait portée devant la Cour avant que la Commission ait formulé ses recommandations. Les Parties sont de fait convenues que le différend ne serait prêt à être soumis à un quelconque type de règlement que passé cette échéance.

9. Le sixième paragraphe du mémorandum semble clairement justifié s'agissant de la délimitation du plateau continental étendu, compte tenu de l'incidence que les conclusions de la Commission quant à la délimitation sont susceptibles d'avoir à cet égard. Sa raison d'être est moins évidente en ce qui concerne les autres espaces maritimes couverts par ce même paragraphe, qui vise «[l]a délimitation des frontières maritimes dans les zones en litige, *y compris* la délimitation du plateau continental au-delà de 200 milles marins» (les italiques sont de nous). Dans leur cas, il est difficile de voir quel intérêt une Partie, et *a fortiori* les deux, pourrait avoir à retarder la conclusion d'un accord. Mais le paragraphe a peut-être été inclus pour apaiser toute crainte que les demandes adressées à la Commission puissent avoir des conséquences sur la délimitation des frontières maritimes en général.

10. En tout état de cause, les Parties étaient assurément libres de conclure sans attendre un accord visant à délimiter certaines, voire l'ensemble, de leurs frontières maritimes. C'est du reste ce qu'elles ont entrepris de faire en 2014, lorsque, à la demande du Kenya, agréée par la Somalie, elles ont entamé des négociations couvrant l'ensemble de leurs frontières maritimes. Ce faisant, les Parties ont dérogé à la chronologie prescrite par le mémorandum. Elles ont agi ainsi alors que la Commission était peu susceptible de formuler ses recommandations dans un proche avenir.

11. Le Kenya a fait valoir que les négociations entre Etats ne conduisent pas nécessairement à un accord immédiat (CR 2016/10, p. 22-23) et que, partant, la Somalie et lui n'étaient nullement revenus sur ce qu'ils avaient établi dans le mémorandum. Il semble toutefois ressortir implicitement du comportement des Parties, tel qu'elles en ont l'une et l'autre rendu compte (annexes 31 et 32 du mémoire de la Somalie), qu'elles n'entendaient pas attendre jusqu'à vingt ans pour conclure l'accord qu'elles avaient entrepris de négocier. Rien n'indique que les négociations aient uniquement visé à un accord provisoire conclu en attendant, comme convenu, que la Commission ne formule ses recommandations (voir l'argument développé par la Somalie dans le CR 2016/11, p. 16, sur un point que le Kenya n'a pas contesté). En outre, aucune des Parties n'a formulé de réserve tendant à indiquer que l'issue de ces négociations supposait le respect de la chronologie prescrite par le mémorandum.

12. Ces considérations nous amènent à conclure que, si les Parties ont en effet implicitement imposé une condition à la recevabilité d'une requête devant la Cour en fixant dans le mémorandum une contrainte de temps,

in 2014, without reservation or qualification, to start negotiations in view of seeking an earlier agreement.

*(Signed)* Giorgio GAJA.

*(Signed)* James CRAWFORD.

---

elles se sont affranchies de cette contrainte en convenant, en 2014, sans réserve ni autre précision, d'entamer des négociations visant la conclusion anticipée d'un accord.

*(Signé)* Giorgio GAJA.

*(Signé)* James CRAWFORD.

---